Rechte des Schenkers,

wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt,

nach römischem Recht

und dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der juristischen Fakultät zu Rostock

von

Hugo Heuser

Gerichtsreferendar aus Duisburg.

DUISBURG 1902.

Rechte des Schenkers,

wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt,

nach römischem Recht

und dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

der juristischen Fakultät zu Rostock

von

Hugo Heuser

Gerichtsreferendar aus Duisburg.

DUISBURG 1902.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0060

Meiner Mutter

gewidmet.

Litteratur.

Archiv für die civilistische Praxis. Band 74, 78 und 79.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. München 1861.

Behrend, zur Lehre von der *condictio causa data causa non secuta.* Inaug.-Diss. Hannover.

Bekker, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Band VI, Leipzig 1862.

Benner, über die *donatio sub modo* nach gemeinem Recht, Inaug.-Diss. Halle 1888.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Band I. Jena 1899.

Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. Tübingen 1897.

Dernburg, das bürgerliche Recht, Band I und II. Halle 1901.

Dernburg, Pandekten, Band I und II. Berlin 1900.

Donellus, Comentarii de iure civili, Norimbergae 1825.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.

Erxleben, die *codictiones sine causa.* Abt. II. Göttingen 1853.

Glück, ausführliche Erläuterung der Pandekten. Erlangen 1796.

Gradenwitz, über den Begriff der Voraussetzung, Inaug.-Diss. Berlin 1880.

Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts. Band I und III. Leipzig 1881.

Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Jena 1857.

Kaufmann, Kommentar und Institutionen des bürgerlichen Gesetzbuchs. Bonn 1901.

Lammfromm, Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag. Leipzig 1897.

Meermann, novus thesaurus iuris civilis et canonici, tomus VI 1753.

Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach römischem Recht, Band I. Marburg 1837.

Meisner, das Recht der Schuldverhältnisse. Breslau 1898.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I und II. Berlin 1888.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts II. Teil. Halle 1836.

Oertmann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Pernice, Labeo, Band III, Abt. I. Halle 1892.

Pferche, die Bereicherungsklagen. Wien.

Planck, bürgerliches Gesetzbuch. Berlin 1898.

Pollack, der Schenkungswiderruf und seine Vererblichkeit. Berlin 1896.

Pantenburg, Rechte des Schenkers, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt, nach römischem Recht und dem Recht des B. G.-B. Inaug.-Diss. Rostock 1901.

Raeke, der Widerruf der Schenkung nach gemeinem Recht und B. G.-B. Inaug.-Diss. Berlin 1900.

Regelsberger, Pandekten I. Leipzig 1893.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band IV. Berlin 1840.

Scheurl, Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. Erlangen 1871.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Band V. München 1852.

Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht, Band I und II. Leipzig 1860.

Sohm, Institutionen. Leipzig 1901.

Stammler, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.

Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Lieferung. München 1900.

Wächter, Pandekten, Band I und II. Leipzig 1880.

Wächter, doctrina de condictione causa data non secuta in contractibus innominatis, 1822.

Wendt, Reurecht und Gebundenheit Erlangen 1878. Heft 1.

Windscheid, Lehre von der Voraussetzung. Düsseldorf 1850.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandectenrechts, Band I und II. Frankfurt 1900.

Witte, Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. Halle 1859.

Zitelmann, Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Disposition.

Einleitung: Abgrenzung des Themas. Art und Weise der Behandlung.

Ausführung:

A. Das Recht die Erfüllung der Auflage zu verlangen.

I. Nach römischem Recht.

1. Actio ex stipulatu.
2. Actio praescriptis verbis.
   - *a.* Voraussetzungen.
     - a. Der Wille, die Schenkung nur *sub modo* zu wollen, muss klar zum Ausdruck gebracht sein.
     - b. Der *modus* muss in einer Leistung bestehen, die an den Schenker selbst zu richten ist.
     - c. Die Leistung muss ihrer Beschaffenheit nach Gegenstand einer kontraktlichen Obligation sein.
     - d. die nachträgliche Leistung muss möglich und für den Schenker von Interesse sein.
   - *b.* Rechtsgrund der Klage, der sich nur aus der iuristischen Konstruction der *donatio sub modo* erklären lässt.
   - *c.* Wirkungen der Klage.
     - a. Erfüllung des *modus.*
     - b. Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.

II. Nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs.

1. Voraussetzungen.
   - *a.* der Beschenkte befindet sich mit der Erfüllung der Auflage in Verzug.
   - *b.* Gleichgültig ist, in wessen Interesse die Auflage errichtet ist.
   - *c.* Gegenstand der Auflage kann jede Leistung sein,
2. Wirkungen,

B. Das Recht das Geschenk zurückzufordern.

I. Nach römischem Recht.

1. Actio fiduciae.
2. Condictio causa data causa non secuta.
   a. Voraussetzungen.
      a. Es ist etwas gegeben,
      b. zu einem bestimmten Zweck,
      c. der nicht eingetreten ist,
         aa. wegen anfänglicher,
         bb. wegen nachträglicher Unmöglichkeit.
   b. Rechtsgrund.
   c. Wirkungen.
3. Condictio ex lege.
4. Rei vindicatio utilis.

II. Nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs.

1. Voraussetzungen.
   a. die Erfüllung der Auflage ist unmöglich, und zwar
      a. von Anfang an,
      b. durch einen später eintretenden Umstand, den
         aa. der Schenker nicht zu vertreten hat,
         bb. der Schenker zu vertreten hat.
   b. Der Beschenkte ist zur Vollziehung der Auflage rechtskräftig verurteilt worden, vollzieht aber innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht.
   c. Der Beschenkte kommt mit der Erfüllung in Verzug, und entweder
      a. der Beschenkte innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht oder nur teilweise vollzieht, und im letzteren Fall die Vollziehung des rückständigen Teils kein Interesse mehr für den Schenker hat, oder
      b. der Schenker nachweist, dass die verspätete Vollziehung der Auflage für ihn kein Interesse mehr hat.
   d. die Vollziehung der Auflage verstösst gegen ein gesetzliches Gebot oder die guten Sitten.
2. Gegenstand des Anspruchs.
   a. die Erfüllung der Auflage besteht in einer vermögensrechtlichen Leistung.
   b. die Erfüllung der Auflage erfordert keine vermögensrechtlichen Aufwendungen.
   c. die Erfüllung der Auflage besteht in einem Unterlassen.
3. Geltendmachung des Anspruchs nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

Schluss: Das römische Recht wird den Interessen des Schenkers besser gerecht als das bürgerliche Gesetzbuch.

Einleitung.

§ 1

Im praktischen Leben pflegen Schenkungen meist nicht in der Weise zu geschehen, dass der Beschenkte nach seinem Belieben mit dem ihm Zugewendeten verfahren kann, sondern der Schenker verfolgt in der Regel ausser der unentgeltlichen Bereicherung des Beschenkten noch einen anderen Zweck, von dessen Erfüllung er die Schenkung abhängig macht. Nicht allzu oft wird es allerdings bei dem eigentümlichen Charakter der Schenkung vorkommen, dass der Beschenkte sich weigert, die übernommene Verpflichtung zu erfüllen. Pflegen doch Schenkungen meist nur unter Personen zu geschehen, die in einem besonderen Vertrauensverhältniss zu einander stehen, das die meisten abhält, durch Klage das zu erlangen, was sie von der Dankbarkeit oder dem Anstand des Beschenkten erwarteten Daraus erklärt sich denn auch, dass das B. G.-B. nur kurz und durchaus nicht ausreichend die Frage behandelt, welche Mittel dem Schenker zur Verfügung stehen, wenn der Beschenkte diese seine Verpflichtung, oder wie der technische Ausdruck dafür ist „Auflage", nicht erfüllt. Sogar von einer Definition des Begriffs der Auflage sieht das B. G.-B. bei der Schenkung ab, weil derselbe im bisherigen Recht hinreichend fest bestimmt ist.[1]) Das römische Recht, auf das hier also zurückzugreifen ist, fasste die Auflage auf als eine von Seiten des Gebers beigefügte Beschränkung, durch die dem Empfänger mit Rücksicht auf das Gegebene eine Verpflichtung auferlegt wird, die aber nicht schon in den wesentlichen und natürlichen Eigentümlichkeiten und Folgen des Geschäfts liegt.[2])

[1]) Motive II. S. 229.
[2]) Holzschuher I. S. 415.
Cod. 8, 54 de donationibus, quae sub modo.

Die einer Schenkung beigefügte Auflage hat viele Ähnlichkeit mit der einem Rechtsgeschäft beigefügten Bedingung. Den Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen pflegt man in dem Satz zusammenzufassen: die Bedingung suspendiert (den Erwerb), zwingt aber nicht (zur Erfüllung); der *modus* dagegen zwingt, suspendiert aber nicht.

Sodann unterscheidet sich die Auflage von einem blossen Rat oder Empfehlung, die überhaupt keine rechtlichen Wirkungen erzeugt, ein Unterschied, der besonders scharf dann zu beachten ist, wenn die Auflage im Interesse des Beschenkten selbst errichtet ist.

Schliesslich kann eine Zuwendung noch in der Art erfolgen, dass die Leistung, welche der Empfänger übernimmt, eine Gegenleistung gegenüber der Zuwendung darstellt. Es liegt dann keine Schenkung mehr vor, sondern ein oneroser gegenseitiger Vertrag, die eine Leistung ist nur erfolgt wegen der Gegenleistung. Bei der Schenkung unter einer Auflage dagegen erscheint die Erfüllung der auferlegten Verpflichtung durchaus nicht als Entgelt für die Schenkung. Das was der *modus* verlangt, muss daher einen pekuniär geringeren Aufwand erfordern als das Gegebene, da sonst die in der *donatio* liegende Liberalität ganz aufgehoben würde.

Bei diesem so abgegrenzten Rechtsgeschäft haben wir nur die Rechte des Schenkers zu betrachten, wenn die Auflage nicht erfüllt wird. Völlig ausser Betracht lassen wir daher die Pflichten, die ihm etwa obliegen können, wie die Rechte dritter Personen, in deren Interesse die Auflage errichtet sein kann.

Schliesslich setzt das Thema voraus, dass die Schenkung schon gültig vollzogen ist, dass der Schenker also seinerseits schon geleistet hat, und der Beschenkte die übernommene Verpflichtung nicht erfüllt.

Ist dieses der Fall, so ist es das Nächstliegende, dass der Schenker auf Erfüllung klagt. Sollte die Erfüllung aus irgend einem Grunde nicht mehr möglich, oder für den Schenker von keinem Interesse mehr sein, so muss dem Schenker das Recht zustehen, die Schenkung oder wenigstens den Betrag, der zur Erfüllung der Auflage hätte verwendet werden sollen, zurückzufordern.

Das römische Recht wie das B. G.-B. erkennen diese beiden Ansprüche auch an. Da sich aber sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen wie des Umfangs der Ansprüche Verschiedenheiten zeigen werden, so werden wir römisches und bürgerliches Recht in der Weise von einander

trennen, dass wir zunächst den Erfüllungsanspruch nach römischem Recht und dem Recht des B. G.-B. völlig behandeln, wobei wir in der letzteren Rechtsperiode immer auf die Ähnlichkeiten und Verschiedenheiten aufmerksam machen werden, und dann genau so mit dem Rückforderungsanspruch verfahren.

Ausführung.

§ 2.

Erfüllungsanspruch nach römischem Recht.

Das erste Recht, welches den Interessen des Schenkers am meisten entspricht, ist die Erfüllung des *modus* zu verlangen. Die Geltendmachung dieses Anspruchs war in den verschiedenen Zeiten eine verschiedene. Solange das römische Recht an dem Grundsatz festhielt, dass aus einem formlosen Vertrage keine Obligation entspringe, blieb dem Schenker nichts anderes übrig, als sich die Erfüllung des *modus* durch Stipulation versprechen zu lassen. Hatte er dieses versäumt, so war er, wenn der Beschenkte sich weigerte seiner Verpflichtung nachzukommen, völlig machtlos. Im anderen Fall hatte er die *actio ex stipulatu* auf Erfüllung.[1])

Dieses änderte sich, sobald der Grundsatz aufkam, dass aus einem formlosen Versprechen dann auf Erfüllung geklagt werden könne, wenn es in unmittelbarem Bezuge auf eine zuvor empfangene Leistung erteilt worden sei. In dieser Erwägung gab das römische Recht dem Schenker eine *actio praescriptis verbis,* die überall da mit Erfolg geltend gemacht werden konnte, wo aus dem vorliegenden Geschäft keine benannte Kontraktsklage zustand *(l. 9. C. 8. 53. u. l. 22. eod.).* Um diese Klage erfolgreich anstellen zu können, müssen natürlich gewisse Voraussetzungen erfüllt sein.

Zunächst kann der Beschenkte nur dann zur Erfüllung angehalten werden, wenn der Wille des Schenkers, die Zuwendung nur *sub modo* zu wollen, klar zum Ausdruck gebracht worden ist, und zwar gleich bei Empfang

[1]) Erxleben a. a. O S. 290 f.
Savigny a. a. O. S. 281.

der Zuwendung. Sodann muss der *modus* eine Verpflichtung enthalten, die unmittelbar auf die Zuwendung Bezug nimmt, sodass sich der Beschenkte sagen muss, wenn du annimmst, bist du verpflichtet. Dieses ist zum Beispiel nicht der Fall, wenn jemand denjenigen, der seine Schulden bezahlt, verspricht Schulden nicht wieder machen zu wollen. „Seine Erklärung, weil ihm der andere soviel Wohltaten erwiesen habe, wolle er nun auch noch versprechen, ferner keine Schulden mehr zu machen, hat daher gleichsam den Charakter eines renumeratorischen Versprechens. Wo aber ein bereits Beschenkter sich nachträglich zu einem renumeratorischen Gegengeschenk verpflichtet, wird diese Zusage nie als ein *modus* der vorausgegangenen Schenkung aufgefasst werden können."[1]) Diese Verpflichtung muss in einer Leistung bestehen, die an den Schenker selbst zu richten ist, und nicht an einen Dritten, da das römische Recht nur in beschränktem Masse bei Verträgen zu Gunsten Dritter die Erfüllungsklage des Gebers zuliess. Ob die Leistung für den Schenker gerade ein pekuniäres Interesse haben muss, wie Dernburg[2]) und ebenso Pantenburg[3]) verlangt, ist bestritten, es lassen sich wohl Fälle denken, in denen der Schenker ein rechtliches Interesse an der Erfüllung hat. Wir begnügen uns daher damit, zu verlangen, dass der Schenker an der Erfüllung ein bestimmtes, wenn auch nur ideales Interesse hat[4]), denn fehlt es an jedem Interesse, so würde die von dem Schenker bei Gelegenheit der Schenkung getroffene Bestimmung rechtlich bedeutungslos sein, und die Schenkung selbst eine reine und einfache sein. Jedenfalls muss die Leistung ihrer Beschaffenheit nach Gegenstand einer kontraktlichen Obligation sein, die also möglicherweise auch hätte stipuliert werden können.[5]) Selbstverständlich kann der Schenker Erfüllung nur dann verlangen, wenn die Leistung fällig und für den Beschenkten noch möglich ist. Ebenfalls nur kurz zu erwähnen brauchen wir hier, dass die Erfüllung nicht gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Gebot verstossen darf. An anderer Stelle werden wir ausführlicher auf diesen Punkt zurückkommen.

---

[1]) cfr. Entscheidung des O. A. G. zu Lübeck in Seufferts Archiv V. N. 167.
[2]) Dernburg, Pandekten I § 115 N. 10.
[3]) Pantenburg a. a. O. S. 11.
[4]) Erxleben a. a. O. S. 258.
[5]) Erxleben a. a. O. S. 293.

Treffen so diese Voraussetzungen zusammen, so kann der Schenker mit der *actio praescriptis verbis* die Erfüllung der Auflage verlangen. Um den Rechtsgrund dieser wie auch der übrigen Klagen, die, wie wir noch sehen werden, dem Schenker zustehen, erkennen zu können, erscheint es uns zunächst notwendig nachzuforschen, als was die Römer die *donatio sub modo* auffassten, wie sie sich vor allem das Verhältnis von Schenkung und Auflage zu einander vorstellten. Bei dieser Untersuchung werden wir nicht nur den Grund für unsere Klagen finden, sondern auch dafür, dass der Rückforderungsanspruch den vollen Betrag der Zuwendung umfasst, im Gegensatz zum B. G.-B. Wir werden sofort finden, dass über die juristische Natur der *donatio sub modo* lebhafter Streit herrscht; wir werden uns aber auf diese Streitfragen nur insoweit einlassen, als es zur Prüfung nach dem Rechtsgrund unserer Klagen notwendig erscheint.

Savigny[1]) hält die *donatio sub modo* für einen tauschartigen Innominatkontrakt. Er kommt zu diesem Schluss dadurch, dass bei diesen wie bei der *donatio sub modo* der vorleistende Teil eine *actio praescriptis verbis* auf Erfüllung hat, oder mit der *condictio causa data causa non secuta* das Gegebene zurückfordern kann. Er fasst demnach den Schenkungsbestandteil als Entgelt für die Erfüllung der Auflage auf.

Die Unrichtigkeit dieser Auffassung Savignys, die auch von Wächter[2]) vertreten wird, lässt sich jedoch leicht nachweisen. Die Ähnlichkeit dieser beiden Verträge trifft nur in den Fällen zu, in denen der Schenker eine *actio praescriptis verbis* auf Erfüllung nur dann haben kann, wenn der Inhalt des *modus*, wie oben gezeigt, eine solche Leistung bildet, die auch möglicherweise hätte stipuliert werden können. Niemand aber wird leugnen, dass derselbe ein sehr mannigfaltiger sein kann. Aber auch noch folgendes spricht vor allem gegen diese Ansicht. Bei den tauschartigen Innominatkontrakten bildet das eine Versprechen das Aequivalent des anderen; bei der *donatio sub modo* dagegen findet keine Auswechslung gegenseitiger Versprechen statt. Auch wird nicht ein Austausch gegenseitiger Leistungen in der Weise beabsichtigt, dass die Leistung als Entgelt der anderen erscheint. „Sondern das

[1]) Savigny a. a. O. § 175.a. E.
[2]) Wächter, doctrina de cond. c. d. c. n. s. § 17 nr. 2.

Geschäft wird mit einer freigebigen Zuwendung bestimmter Art eröffnet, welcher im Augenblick ihres Vollzuges noch kein Versprechen des Beschenkten gegenübersteht. Die Zuwendung kann daher nicht als Erfüllung eines obligatorischen Vertrags betrachtet werden."[1]) Aber auch rechtlich steht die Erfüllung des *modus* nicht als Gegenleistung demjenigen gegenüber, was der Schenker selbst leistet, sondern wird vielmehr als eine Beschränkung der Schenkung gedacht.

Erxleben[2]) fasst die *donatio sub modo* auf als eine Art der *datio ob rem,* als ein obligatorisches Geschäft eigentümlicher Art, für dessen Wirksamkeit die einseitige Willensbestimmung des Schenkers insofern entscheidend sei, als er das aus freien Stücken gewährte Recht durch die von ihm erklärte Voraussetzung eines bestimmten Erfolges nur unter einer Beschränkung auf den Beschenkten übertrüge.[3]) Die Modalschenkung sei ein aus Schenkung und Verpflichtung gemischtes, so doch keineswegs zusammengesetztes Geschäft, dessen mechanisch verbundene Bestandteile sich in praktischer Hinsicht auseinander halten liessen. Beide Zwecke habe der Schenker gewollt in untrennbarer Verbindung. Diese ständen sich aber nicht gleichartig gegenüber, sondern die Schenkung sei nur das Mittel zur Erfüllung der Auflage.

Worin nach seiner Ansicht der Unterschied zwischen der *datio ob rem* und der *donatio sub modo* besteht, erscheint nicht ganz klar. Vielmehr stellt sich sein gemischtes Geschäft in Wahrheit für die rechtliche Behandlung nicht als gemischt dar, sondern als eine reine *datio ob rem.*[4])

Scheurl[5]) sieht in der *donatio sub modo* eine Schenkung mit einer massgebenden Nebenbestimmung. Bei dieser aber hat der *modus* den reinen Charakter einer eigentlichen Nebenbestimmung dadurch verloren, dass der Schenker durch Eingehung des Schenkungsvertrages, wozu ihm der Antrag *sub modo* gemacht sei, sich geradezu und vertragsweise zur Erfüllung der Auflage verbindlich mache. Der seiner Natur nach einseitige Schenkungsvertrag werde dadurch zu einem gegenseitigen Kontrakt, für

---

[1]) Erxleben a. a. O. S. 294.
[2]) „ a. a. O. S. 255 ff.
[3]) „ Inhaltsangabe zu § 2.
[4]) Wendt a. a. O. S. 61.
[5]) Scheurl a. a. O. S. 245.

welchen dann der im *modus* ausgedrückte Wille als Hauptinhalt, nicht mehr als blosse Nebenbestimmung sich darstelle.

Erscheint so diesen Schriftstellern die Erfüllung der Auflage als Hauptzweck und die Zuwendung als blosser Nebenzweck, so sieht Dernburg [1]) gerade umgekehrt in der Erfüllung der Auflage immer nur den Nebenzweck und in der Zuwendung den Hauptzweck der Schenkung. Daraus erklärt er denn, dass die Zuwendung rechtsbeständig bleibe, wenn die Erfüllung der Auflage von Anfang an unmöglich wäre, oder nachher ohne Schuld des Beschenkten es werde, oder unsittlich sei.

Hiergegen lässt sich jedoch einmal einwenden, dass die Folgen der Nichterfüllung der Auflage doch nicht so ohne weiteres eintreten und nur mit grossen Einschränkungen, wie wir später noch sehen werden, richtig sind. Zum Beispiel bleibt bei anfänglicher Unmöglichkeit die Zuwendung nur dann rechtsbeständig, wenn der Schenker dieselbe kannte, dagegen nicht, wenn er sie nicht kannte. Wie sich sodann Dernburg den Rückforderungsanspruch, der den vollen Betrag der Zuwendung umfasst, erklären will, wenn die Erfüllung der Auflage nur Nebenzweck ist, erscheint nicht ganz klar. Warum das römische Recht dann nicht, wie das B. G.-B den Anspruch des Schenkers auf den Betrag beschränkte, der zur Erfüllung der Auflage verwendet werden sollte, ist nicht einzusehen.

Da so wenig dafür spricht, dass der Schenker bei einer Zuwendung die Erfüllung der Auflage als Haupt- oder Nebenzweck ansehe, so schliessen wir uns der Ansicht derer an, die die *donatio sub modo* auffassen als eine Zuwendung, deren *causa* eine gemischte ist, einmal eine *causa praesens,* als *causa donandi* zum Unterschied von der *datio ob rem,* und sodann eine *causa futura,* im *modus* enthalten und darin bestehend, dass der Beschenkte etwas tun oder unterlassen soll, zum Unterschied von der reinen Schenkung. Beide Zwecke stehen aber völlig gleich einander gegenüber und sind in unzertrennbarer Verbindung gewollt.[2]) Daraus erklären sich die Abweichungen der Rechtswirkungen, die sonst jedem dieser Zwecke für sich folgen. Weil eine *donatio* vorliegt, kann der Schenker die Zuwendung nicht sofort widerrufen, wie er es sonst

[1]) Dernburg, Pandekten § 115.

[2]) Wendt a. a. O. S. 64. Quaritsch Institutionen S. 111 Anm. Benner S. 12. Raeke S. 24.

könnte, wenn nur eine *datio ob rem* vorläge; weil aber der Schenker zugleich gibt, *ut aliquid fiat,* so gibt es für ihn eine beschränkte Revokation, obwohl eine blosse *donatio,* falls sie gültig vollzogen ist, nur aus wenigen gesetzlichen Gründen widerrufen werden kann. *Semel perfecta donatio revocari non potest* (l. 6. § 7 Cod. 4. 6).

Diese Ansicht findet sich auch bei *Retes* in Meermanns *thesaurus*[1]: *is qui dat ex causa donationis et hoc amplius aliquam causam adicit, praedictae donationi veluti ut aliquid fiat, duplicem habet causam donandi, alteram praesentem alteram futuram: praesens causa est liberalitas donatoris, futura vero est, quae pendet ex facto et voluntate donatarii, quae ideo potest impleri, vel non impleri.*

Aus diesen verschiedenen Auffassungen erklären sich die verschiedenen Ansichten über den Rechtsgrund unsrer *actio praescriptis verbis.*

Savigny[2] leitet die Klage her aus der Ähnlichkeit der *donatio sub modo* mit den tauschartigen Innominatkontrakten, zu dem die *donatio* durch Beifügung des *modus* geworden sei.

Erxleben[3] sieht den Grund darin, dass der Schenker dem Beschenkten „das Gesetz" mache, so dass dieser nur die Wahl hätte entweder die Schenkung abzulehnen, oder sich den ihm auferlegten Bedingungen zu unterwerfen.

Scheurl[4] glaubt, dass der Beschenkte durch Eingehung des Schenkungsvertrages, wozu ihm der Antrag *sub modo* gemacht sei, sich geradezu und vertragsweise zur Erfüllung der Auflage verpflichte.

Wir glauben mit Windscheid[5], dass der Grund, aus dem der Schenker die Erfüllung verlangen kann, in dem vom dem Beschenkten durch die Annahme der Schenkung stillschweigend abgegebenen Versprechen liegt.

Die *actio praescriptis verbis* geht auf Erfüllung des *modus.* Da dieselbe Klage bei den Innominatkontrakten sowohl auf Erfüllung als auch auf Schadensersatz geht, so dürfen wir dieselbe Wirkung auch bei der *donatio sub modo* annehmen[6].

[1]) Meerman tom. VI, pag. 145.
[2]) Savigny a. a. O. S. 281.
[3]) Erxleben a. a. S. 295.
[4]) Scheurl a. a. O. S. 256.
[5]) Windscheid, Pandekten I § 368.
[6]) Glück, Pandekten § 337.

Erfüllungsanspruch nach dem B. G.-B.

§ 3.

Das B. G.-B. gewährt unter denselben Voraussetzungen, unter denen im römischen Recht der Schenker Erfüllung verlangen konnte, soweit die Erfüllung des *modus* an ihn selbst zu richten war, einen Anspruch auf Erfüllung. Nur darin geht es insofern weiter, als Gegenstand der Auflage jede Leistung sein kann. Ausserdem erwähnt es in § 525 noch ausdrücklich, dass der Schenker nur dann Erfüllung verlangen kann, wenn er seinerseits geleistet hat, worauf wir schon an andrer Stelle aufmerksam gemacht haben. Kommt so der Beschenkte mit der Erfüllung der Auflage in Verzug, so kann der Schenker Erfüllung verlangen. Im übrigen gelten für den Verzug des Beschenkten die allgemeinen Regeln der §§ 284 und 285. Schadensersatzansprüche wegen verspäteter Erfüllung regeln sich nach § 286 Abs. 1.[1])

Auf einem ganz andern Standpunkt steht dagegen das B. G.-B. für den Fall, dass die Erfüllung der Auflage an einen Dritten zu entrichten ist. Schon das gemeine Recht hatte die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter anerkannt, und das B. G.-B. folgt ihm darin. Neben dem Dritten, der nach § 320 Erfüllung im Zweifel verlangen kann, kann der Schenker selbst auf Erfüllung an diesen klagen, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragschliessenden anzunehmen ist. (§ 335) Das Recht, das Geschenk oder wenigstens den Teil desselben, welcher zur Erfüllung der Auflage hätte verwendet werden sollen, zurückzufordern, ist ihm im § 527,2 ausdrücklich genommen, sofern eben der Dritte berechtigt ist die Vollziehung der Auflage zu verlangen.

Gleichgültig ist demnach nach dem B. G.-B., ob die Auflage im Interesse des Schenkers, eines Dritten oder sogar des Beschenkten selbst errichtet ist. Im letzteren Fall macht Planck[2]) darauf aufmerksam, dass immer zu prüfen ist, ob eine verbindliche Auflage, oder nur ein Rat bezw. die Angabe der Veranlassung der Schenkung vorliegt. Dagegen leugnet Endemann[3]), dass es eine Klage auf Erfüllung gäbe, wenn die Auflage im eigenen Interesse des Beschenkten sei; eine solche sei überhaupt keine

[1]) Cosack a. a. O. S. 496e.
[2]) Planck a. a. O. § 525 Anm. 2.
[3]) Endemann a. a. O. § 164 Anm. 22.

Auflageverpflichtung im engern Sinn. Warum jedoch der Schenker nicht einen Anspruch auf Erfüllung haben soll, vorausgesetzt, dass er die Schenkung nur unter der bestimmten Voraussetzung gemacht hat, dass die Auflage erfüllt werde, ist nicht abzusehen.

Rückforderungsanspruch nach römischem Recht.

§ 4.

Wir haben oben gesehen, dass die *actio praescriptis verbis* nur unter bestimmten Voraussetzungen dem Schenker zusteht, vor allem dann, wenn der *modus* an den Schenker selbst zu erfüllen ist, und solange er möglich ist. Ist dagegen die Auflage nicht an den Schenker selbst zu erfüllen, sondern zu Gunsten eines Dritten errichtet, so ist die Klage auf Erfüllung deswegen ausgeschlossen, weil das römische Recht Verträge zu Gunsten Dritter im allgemeinen nicht kannte, d. h. dass sich niemand zu Gunsten eines andern etwas wirksam versprechen lassen konnte. *Neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus* (l. 11 D. 44. 7). Es stand daher dem Schenker nur die Rückforderungsklage zu, die er dann entweder nachträglich, oder schon im voraus für den Fall, dass sie durch das Verhalten des Beschenkten begründet werden würde, dem Dritten zedieren konnte.[1])

Ist ferner die Erfüllung des *modus* nicht mehr möglich, so muss gleichfalls billigerweise der Schenker die Schenkung zurückfordern können, da die Erfüllung wegen Untergangs der Obligation nicht erzwungen werden kann. Um zu diesem seinem Recht zu gelangen, gab das römische Recht dem Schenker verschiedene Rechtsmittel, die teils mit einander konkurrieren, teils nur singuläre Anwendung finden; alle aber gehen auf Rückgewähr, und zwar des ganzen Betrages der Zuwendung.

§ 5.

Die älteste Klage, die dem Schenker bei Nichterfüllung der Auflage zustand, war die *actio fiduciae*. Der Schenker übertrug das Eigentum auf den Beschenkten unter dem Vorbehalt, dass dieses wieder an ihn zurückübertragen werden sollte, wenn der Beschenkte den *modus* nicht erfüllte. Erfolg konnte diese Klage nur da haben,

[1]) Erxleben a. a. O. S. 300.

wo die Zuwendung in einem *„dare“*, d. h. dem Verschaffen des Eigentums oder eines civilrechtlichen *ius in re* an einer bestimmten Sache,[1]) bestand, (da nur hier von einem Verschaffen des Eigentums die Rede sein kann); also nicht zum Beispiel beim Bestellen eines Forderungsrechts oder Befreien von einer Verbindlichkeit. War dieses schon ein Hinderungsmittel für die Anstellung der Klage, so bestand das andere in der infamierenden Wirkung derselben, welche, da doch Schenkungen in der Regel unter Personen zu geschehen pflegen, die in einem besonderen Vertrauensverhältniss zu einander stehen, die meisten abhielt, sie anzustellen.[2])

§. 6.

Diesen beiden Beschränkungen half das römische Recht dadurch ab, dass es dem Schenker eine *condictio*, nämlich die *condictio causa data, causa non secuta* gab.

Die allgemeinen Voraussetzungen, die wir schon bei der *actio praescriptis verbis* verlangten, dass nämlich der Wille die Zuwendung nur *sub modo* zu wollen, klar zum Ausdruck gebracht werden müsse, und dass der *modus* in der Absicht geschehe rechtlich zu verbinden, müssen natürlich auch hier zutreffen.Gleichgültig ist dagegen, zu wessen Gunsten die Auflage errichtet worden ist, ob im Interesse des Schenkers, eines Dritten oder des Beschenkten selbst, wobei wir jedoch im letzteren Fall auch wieder zu prüfen haben, ob nicht ein blosser Rat oder Wunsch vorliegt, dessen Befolgung wir von der Dankbarkeit oder dem Anstandsgefühl des Beschenkten erwarten. Sodann gibt uns der Wortlaut der *condictio* selbst noch weitere besondere Erfordernisse. Es ist darnach erforderlich ein Geben zu einem bestimmten Zweck, der nicht in Erfüllung gegangen ist.

Damit also zurückgefordert werden kann, muss etwas gegeben sein. Der Schenker kann also nur dann die *condictio* erfolgreich geltend machen, wenn er seinerseits geleistet hat. Diese Leistung muss hier eine vermögensrechtliche sein, im Gegensatz zur *actio praescriptis verbis*, und so geartet sein, dass eine Rückforderung ihres Gegenstandes als tunlich erscheint.[3]) Das Geben bedeutet aber

[1]) Sohm, a a. O. S. 355.
[2]) Sohm, a. a. O. S. 60.
[3]) Erxleben, a. a. O. S. 4 f.

nicht wie bei der *actio fiduciae* nur das Übertragen des Eigentums an einer Sache, sondern auch das Einräumen eines Forderungsrechts oder Befreien von einer Verbindlichkeit.

Zu diesem Geben muss als zweites hinzukommen ein bestimmter Zweck zu dem gegeben ist. Dieser Zweck wird von den römischen Juristen als *causa* bezeichnet. Über die Natur dieser *causa* herrscht namentlich seit dem Auftauchen der Lehre Windscheids von der Voraussetzung[1]) lebhafter Streit. Er versteht unter *causa* jede Voraussetzung des Leistenden, die dem Geber erkennbar geworden ist. Gleichgültig ist dabei, ob der Voraussetzungswille ausdrücklich durch den Gebrauch des Worts Voraussetzung erklärt worden ist, oder sich stillschweigend aus dem übrigen Inhalt der Willenserklärung von selbst ergibt.[2])

Während so Windscheid und mit ihm andere schon den rein persönlichen und willkürlichen Beweggründen des Gebers Gewicht beilegen, wenigstens soweit sie erkennbar sind, wollen andere nur die der Willenserklärung objektiv zu Grunde liegenden Beweggründe berücksichtigt wissen und reden daher von Geschäftszwecken.

Dieser Ansicht schliesst sich Lenel in seinem Aufsatz über die Voraussetzung an.[3]) Nicht Voraussetzungen, sondern Zwecke berücksichtige das Gesetz. Aber nicht jeder beliebige Zweck finde eine so weit gehende Berücksichtigung. Rechtserheblich sei immer nur der Zweck einer Leistung, der für die wirtschaftliche Natur der Leistung selbst bestimmend sei.

Bei der *donatio sub modo* können wir uns der Lehre Windscheids anschliessen, denn bei ihr bestehet eben die Eigentümlichkeit, dass der oder besser gesagt die Zwecke, von denen der Schenker sich hat leiten lassen, in deutlichster Weise zum Ausdruck gebracht sind, einmal als *causa praesens* oder *donandi* und als *causa futura, ut aliquid fiat.* Den ersten Zweck, die unentgeltliche Bereicherung des einen Teils durch Ärmerwerden des andern brauchen wir nicht näher zu betrachten. Von der *causa futura* müssen wir zunächst verlangen, dass sie in einem Tun

[1]) Windscheid, Lehre von der Voraussetzung und Archiv B. 78. S. 161 ff.

[2]) Archiv B. 78. S. 181.

[3]) Archiv B. 74. S. 213 ff und B. 79. S. 49 ff,

besteht, das nicht unsittlich ist, dass sie also eine *causa honesta* sei. Damit wir die *condictio causa data causa non secuta* erfolgreich anstellen können, müssen wir unterscheiden, wen der Vorwurf der Unsittlichkeit trifft, ob den Beschenkten oder den Schenker oder beide. Trifft den Beschenkten ein Vorwurf, so hat der Schenker die *condictio,* selbst wenn schon erfüllt ist: denn *si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest (l. 1 § 2 D 12. 5).* Trifft der Vorwurf nur den Schenker, so ist die *condictio* ausgeschlossen, *quod meretrici datur, repeti non potest sed nova ratione non ea quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix non turpiter accipere, cum sit meretrix. (l. 4 § 3 D. 12, 5.)* Sind beide Parteien in *turpitudine*, so kann sich keiner auf das abgeschlossene Geschäft berufen, der Beschenkte behält daher, was er hat, kann aber nicht fordern, was ihm blos versprochen worden ist.[1] *Ubi antem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicamus (l. 3 D. 12. 5).*

Ferner darf die *causa* nichts Albernes enthalten, da sie sonst garnicht berücksichtigt wird *(l. 113 § 5 D, de leg I),* und muss möglich sein, denn andernfalls würde der Beschenkte garnicht verpflichtet sein können.

Sind diese beiden Erfordernisse, das *dare* nnd die *causa*, vorhanden, so muss als letztes noch hinzukommen, dass der vom Schenker bezweckte Erfolg nicht in Erfüllung gegangen ist, *causa non secuta.*

Es genügt nicht schon eine *causa nondum secuta,* der Schenker muss daher mit der Anstellung seiner Klage so lange warten, bis feststeht, dass die *causa* wirklich nicht erfüllt ist.[2] Ist also eine Frist zur Erfüllung gesetzt, so muss der Schenker bis zum Ablauf derselben warten. *Si servum tibi donavero, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi (l. 18 § 1 D. 39. 5).* Hat der Schenker dem Beschenkten die Erfüllung erlassen, so ist gleichfalls die *condictio* ausgeschlossen.

Näher zu behandeln ist dagegen die Frage, in wie weit die Unmöglichkeit die Auflage zu erfüllen auf die Anstellung der *condictio* einwirkt. Hierbei ist nun möglich, dass die Erfüllung der Auflage von Anfang an, d. h. schon bei Entstehung des Schuldverhältnisses unmöglich war, oder es erst nachher geworden ist, nachdem also

[1] Windscheid, Lehre von der Voraussetzung, S. 177.
[2] Savigny a. a. O. S. 282.

der Schenker seinerseits schon geleistet hat. Diese anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit haben wir bei unserer Untersuchung aus einander zu halten, und bei jener wieder, ob der Schenker sie kannte, oder nicht, bei dieser, ob der Beschenkte sie zu vertreten hat oder nicht.

Kannte der Schenker die anfängliche Unmöglichkeit den *modus* zu erfüllen, so hat er eben gar keine *donatio sub modo* gewollt, sondern eine reine *donatio,* und die Rückforderung ist ausgeschlossen.[1])

Kannte dagegen der Schenker die Unmöglichkeit der Leistung nicht, so geben uns die Quellen, so l. 1 cod. 4. 6., ein Beispiel, dass bei rechtlicher Unmöglichkeit der Leistung dem Schenker die *condicto* zusteht. Es liegt wieder lediglich eine *donatio* vor, da von einer Verpflichtung zur Erfüllung bei Unmöglichkeit des *modus* nicht mehr die Rede sein kann. Diese *donatio* entspricht aber nicht dem Willen des Schenkers, welcher Bereicherung und Verpflichtung unzertrennlich mit einander verbinden wollte, und es muss ihm daher die *condictio* zugesprochen werden.

Windscheid[2]) kommt zu einem anderen Resultat. Nach seiner Ansicht ist die *condictio* auch in diesem Fall ausgeschlossen. Er geht von der Annahme aus, dass bei der *donatio sub modo* die Absicht zu schenken als überwiegend betrachtet werden müsse. „Denn wer schenkt, will sich ärmer machen, will aufopfern. Seine Leistung wird durch die Gegenleistung, welche er verlangt, nicht bestimmt. Man könnte daher annehmen, dass der Schenker das von Anfang an Unmögliche nicht habe verlangen wollen."

Im einzelnen Fall mag bisweilen der Schenker, auch wenn er die Unmöglichkeit der Erfüllung nicht kannte, den *animus pure donandi* gehabt haben, es ist dieses lediglich eine *quaestio facti.* Allgemein *praesumiren* aber, wie Windscheid es will, darf man diesen Willen nicht, zumal die Römer grosses Gewicht darauf legten und immer sorgfältig prüften, ob jemand *animo pure donandi* gegeben hatte, oder nicht (l. 6. Cod. 4. 6).

Von tatsächlicher anfänglicher Unmöglichkeit ist kein Beispiel überliefert, doch tragen die Schriftsteller,[3])

[1]) Erxleben a. a. O. S. 461 ff.
[2]) Windscheid, Lehre von der Voraussetzung S. 183.
[3]) z. B. Pernice a. a. O. S. 301.

ausser Lammfromm,[1]) kein Bedenken, sie ebenso zu behandeln wie die rechtliche, und so gewähren wir daher auch dem Schenker das Recht mit der *condictio causa data causa non secuta* das Geschenk zurückzufordern.

Wenn die Erfüllung zwar anfangs möglich gewesen ist, nachher aber durch irgend einen Umstand unmöglich geworden ist, so machen wir den Unterschied, ob der Beschenkte diese Unmöglichkeit zu vertreten hat, oder nicht.

Hat er sie nicht zu vertreten, so ist möglich einmal, dass der Schenker selbst die Erfüllung verhindert, die *condictio* ist dann für ihn natürlich ausgeschlossen. Witte[2]) sieht in der durch ihn herbeigeführten Verhinderung einen Verzicht und damit ein Aufgeben des Rechts der Rückforderung.

Sodann ist es denkbar, dass die Erfüllung durch einen in der Person des Dritten, an den geleistet werden soll, liegenden Umstand unmöglich gemacht wird, z. B. der Dritte stirbt, bevor an ihn geleistet werden soll, oder er weist die Leistung zurück. Als Prinzip stellen wir die Regel auf, dass die Rückforderung ausgeschlossen sei. Wir nehmen jedoch mit Erxleben[3]) und Windscheid[4]) an, dass im Einzelfall immer auf den Willen des Schenkers Rücksicht zu nehmen ist, „je nachdem der Geber den Beschenkten zum Vorteil eines anderen habe beschränken wollen, oder aber ihn habe lassen wollen, wenn er dem anderen ohne seine Schuld zu verschaffen nicht im stande sei.“ Anderer Meinung ist Pantenburg,[5]) welcher unter allen Umständen die Auflage als erfüllt ansieht und auf den Willen des Schenkers in diesem Fall gar keine Rücksicht nimmt.

Schliesslich ist noch möglich, dass weder der Schenker noch der Dritte die Unmöglichkeit zu vertreten hat, dass also durch Zufall der *modus* nicht erfüllt werden kann. Eine Quellenstelle spricht klar und deutlich aus, dass in einem solchen Fall die *condictio* nicht zu gewähren sei. *l. 10. Cod. 4. 6.* sagt: *pecuniam a te datam, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu secuta non est, minime repeti posse certum est.* Im Anschluss an diese Stelle und an *l. 8. Cod. eod.*,

[1]) Lammfromm a. a. O. S. 134.
[2]) Witte a. a. O. S. 104.
[3]) Erxleben a. a. O. S. 444.
[4]) Windscheid, Lehre von der Voraussetzung, S. 184.
[5]) Pantenburg a. a. O. S. 17.

die durch einen Schluss auf das Gegenteil dasselbe Resultat liefert, schliessen denn auch die meisten Schriftsteller die Rückforderung ohne jedes Bedenken aus.[1]) Nur Erxleben scheint diese Stelle nicht über alle Zweifel erhaben zu sein. Er stellt vielmehr als Regel[2]) auf, dass bei zufälliger Verhinderung des von dem Geber bezweckten und für seine Schenkung vorausgesetzten Erfolges die Rückforderung des in seinem Betracht Gegebene an sich begründet sei. Er kommt zu dieser Lehre durch seine Auffassung der *donatio sub modo* als *datio ob rem*, welche wir aber nicht billigen können, und geht aus von der viel bestrittenen Stelle *l. 2. § 7. D. 39. 5: Titio decem donvi, ea conditione ut inde Stictum sibi emeret, quaero, cum homo, antequam emeretur, mortuus est, an aliqua actione decem recipiam. respondit: facti magis quam iuris quaestio est; nam si decem Ticio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam; si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim, in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam condicio dandae pecuniae existinari debebit, et mortuo Sticho pecunnia apud Titium remanebit.* Daraus würde folgen, dass auch bei zufälliger nachträglicher Unmöglichkeit der Wille des Schenkers massgebend sei, und diese Ansicht vertritt auch Pantenburg[3]) welcher hier Erxleben unbedingt folgt.

Haben wir bisher auch immer auf diesen Willen in weitgehendem Masse Rücksicht genommen, so scheint es uns hier nicht angebracht zu sein. Wäre die von Erxleben zur Begründung herangezogene Digestenstelle ebenso unzweifelhaft wie die von uns angeführte Codexstelle, so trügen auch wir kein Bedenken, ihr den Vorzug zu geben und in der Codexstelle nur einen Ausnahmefall zu erblicken. Da dieses aber nicht der Fall ist, so können wir, so lange uns Erxleben nicht überzeugt, dass die von ihm angeführte Stelle nur die Auslegung haben kann, und keine andere, ihr nicht die Beweiskraft zusprechen wie der Stelle *l. 10, C. 4. 6.*

So leugnet Wächter,[4]) dass überhaupt von einer

---

[1]) Pernice, S. 201. Anm. 5. Lammfromm, S. 164. Sintenis S. 185, N. 139. Dernburg, § 115 N. 13. Savigny, S. 282 g.

[2]) Erxleben a. a. O. S. 440.

[3]) Pantenburg a. a. O. S. 19.

[4]) Wächter, doctr. de cond. c. d. c. n. s. § 13 S. 99.

Schenkung die Rede sei, und behauptet, die Stelle handle von einer Leistung unter einer Bedingung, da im Eingang das Wort *condicio* ausdrücklich gebraucht sei.

Dies Bedenken scheint uns jedoch nicht ausschlaggebend zu sein, da in den Quellen der Begriff der Auflage nicht immer durch das Wort *modus*, sondern vielfach durch andere Wörter wie z. B. *condicio* oder *lex* ausgedrückt zu werden pflegt.[1]) Wir vermögen daher dem, was Erxleben[2]) gegen diese Auffassung sagt, zuzustimmen, dass nämlich in der Quellenstelle die spätere Untersuchung der Frage, ob die durch die *ea condicione, ut* ausgedrückte Bestimmung nach der Absicht des Schenkers die wesentliche Voraussetzung der Schenkung oder blos der äusserlich vorgegebene Beweggrund derselben, ob sie deren *condicio* oder blos deren *causa* sei, völlig überflüssig sei, wenn eine wirkliche Bedingung hier gemeint wäre.

Weit erheblicher sind dagegen die von Savigny und Sintenis über diese Stelle vorgebrachten Ausführungen, die beide das Vorhandensein einer Schenkung leugnen.

Savigny[3]) kommt hierzu auf folgendem Wege: wenn einem Geld gegeben werde, um den Sklaven Stichus zu kaufen, so kann es reine Schenkung sein, so dass dieser Kauf nur die Veranlassung gab, dann falle natürlich auch bei des Stichus Tode die *condictio* weg; es kann aber auch gar nicht Schenkung sein, wenn das Geld gegeben wird, bloss um dem Stichus einen milden Herrn zu verschaffen nicht um den Empfänger zu bereichern: dann gelte die *condictio* wie bei jedem gewöhnlichen Innominatkontrakt.

Sintenis[4]) stellt gleichfalls in Abrede, dass eine Liberalitätshandlung vorliege, und glaubt, dass es sich nur um einen Auftrag handle, bei dem der Beauftragte den Überrest profitiere.

Was Erxleben[5]) hierauf erwidert, vermag uns nicht die Überzeugung beizubringen, dass die Stelle nunmehr völlig unzweifelhaft, und die von seinen Gegnern verfochtene Ansicht völlig verkehrt sei. Solange wir aber diese Überzeugung nicht haben, müssen wir der von keinem

[1]) Sintenis I. S. 181. Anm. 19.
[2]) Erxleben a. a. O. S. 236 f.
[3]) Savigny IV. S. 282. Anm, g.
[4]) Sintenis 1. S. 185. Anm. 39.
[5]) Erxleben a. a. O. S. 265 ff.

Schriftsteller bestrittene Stelle *l. 10 C. 4, 6* das grösste Gewicht beilegen. Wir schliessen daher bei zufälliger Unmöglichkeit im Einverständnis mit der herrschenden Meinung die *condictio* unbedingt aus.

Hat der Beschenkte schliesslich die Unmöglichkeit den *modus* zu erfüllen zu vertreten, so sind die Schriftsteller sich einig, das die *condictio* zulässig sei.

Treffen so diese drei Erfordernisse neben den allgemeinen Voraussetzungen zu, so kann der Schenker mit der *condictio causa data causa non secuta* das Geschenk zurückfordern.

Über den Rechtsgrund dieser Klage wird natürlich ebenso lebhaft gestritten wie über die juristische Natur der *donatio sub modo* überhaupt. Je nachdem die Schriftsteller letztere als tauschartigen Innominatkontrakt, oder als Zuwendung mit obligatorischem Nebengeschäft, oder als *datio ob rem* auffassen, werden sie auch den Rechtsgrund, auf dem die Rückforderung beruht, verschieden beurteilen.

Savigny[1]) und Wächter[2]) sehen den Rechtsgrund für die *condictio* in der Ähnlichkeit mit den Innominatkontrakten; ersterer betrachtet ausserdem noch die Zulässigkeit von dem Gesichtspunkt der Undankbarkeit aus.

Auf die erste Begründung brauchen wir nicht näher einzugehen, da wir schon an früherer Stelle die Unrichtigkeit dieser Auffassung gezeigt haben. Die andere Begründung, die Undankbarkeit des Beschenkten sei es, welche die Einführnng der *czndictiz* veranlasst habe, widerlegen wir mit Erxleben[3]) so: Allerdings hat Justinian in seiner Verordnung *l. 10. C. 8. 56.,* worin er den Widerruf der Schenkung wegen Undankbarkeit regelt, es als Fall einer solchen bezeichnet, wenn der Beschenkte sich weigert seine Verpflichtung zu erfüllen. Dadurch hat er aber durchaus nicht die *candictio causa data causa non secuta* abschaffen wollen, da sie in ihren Voraussetzungen wie in ihren Wirkungen von der Revokation wegen Undankbarkeit wesentlich verschieden ist. Justinian hat durch seine Verordnung nur der Meinung vorbeugen wollen, als habe er die Anwendung der *condictio ob causam datorum* durch seine Verordnung beseitigen wollen.

---

[1]) Savigny IV. S. 284.
[2]) Wächter, doctr. de cond. c. d. n. s. § 13.
[3]) Erxleben a. a. O. S. 257.

Pferche[1]) hat eine ältere, die sogenannte Vertragstheorie wieder aufgenommen und sucht durch sie die Pflicht zur Rückgabe zu erklären. Die Hauptvertreter dieser Theorie haben wir wohl in Glück[2]) und Donellus[3]) zu sehen. Diese alle leiten die Klage her teils aus einem Innominatkontrakt, teils aus einem stillschweigenden oder fingierten Vertrag. Windscheid[4]) sagt von ihnen, dass von niemandem mehr ihre Ansicht jetzt noch vertreten werde, und es hat daher weniger Interesse sie eingehender zu widerlegen. Kann man es schon im allgemeinen nicht für richtig erachten, Rechtsverhältnisse mit der Unterstellung stillschweigender Verträge zu erklären, so kann doch als Klage aus einem Vertrage nur eine solche bezeichnet werden, die auf Erfüllung desselben geht, nicht aber eine, die gerade die Wirkungen, die der Vertrag bis dahin gezeitigt hat, wieder aufhebt. *Tamen quia ex contractu non agitur ad contractum rescindendum, sed ad implendum, dici sane nequit hanc condictionem ex contractibus innominatis nasci.*[5]) Ausser diesen beiden dogmatischen Bedenken spricht vor allem eine historische Unmöglichkeit gegen die Auffassung von Pferche. Die Innominatverträge, aus denen er die Klage herleiten will, sind jünger als die *condictio causa data causa non secuta;* die Klage war schon längst vor den Innominatkontrakten vorhanden,[6]) und kann man daher unmöglich in ihnen den Grund für die Klage finden.

In der neueren Zeit hat man daher einen andern Weg eingeschlagen: Man sucht die *condictio* auf die Billigkeit, die *aequitas*, zurückzuführen. Hiermit erklärt sich auch Windscheid[7]) einverstanden, da auch die Quellenstellen, so *l. 65. § 4. D. 12. 6* darin den Grund sähen. Er selbst sucht den Grund in folgendem: „Da die Auflage von dem Urheber der Willenserklärung mit der Zuwendung in unmittelbare Verbindung gebracht ist, so entspricht es nach dem Geist des römischen Rechts seinem wahren Willen nicht, dass ohne ihre Erfüllung die Zuwendung besteht. Dieser Zwiespalt wird dadurch ausge-

[1]) Pferche a. a. O. S. 97.
[2]) Glück a. a. O. B. 13. S. 25 ff.
[3]) Donellus a. a. lib. 14 c. 24. § 7.
[4]) Windscheid, Archiv B. 78 S. 178.
[5]) Wächter, discipl. de cond. c. d. e. n. s. S. 32.
[6]) Pernice, a. a. O. S. 271.
[7]) Archiv B. 78 S. 178.

glichen, dass dem Bereicherten die Verpflichtung auferlegt wird, dasjenige, was er hat und fortfährt zu haben, zurückzugeben.“ [1])

Erxleben [2]) führt die *condictio* auch auf den Willen des Schenkers zurück. Die auferlegte Leistung sei nach der Absicht des Schenkers die bedingende Voraussetzung der Schenkung selbst, deren Bestand von der Erfüllung der gemachten Auflage abhängig gedacht sei.

Dieser letzteren Ausführung können wir uns nicht anschliessen, da sie mit der Konstruktion der *donatio sub modo,* welcher wir folgen, nicht übereinstimmt. Vielmehr schliessen wir uns der Ansicht Windscheids an, die einmal den Willen des Schenkers, dann aber auch die innere Natur der *donatio sub modo* gleichmässig berücksichtigt.

Über den Umfang desjenigen, das zurückgefordert werden kann, ist einiges noch zu sagen. Macht der Schenker die *condictio* erfolgreich geltend, so kann er den vollen Betrag des Zugewendeten zurückfordern, mag auch die Auflage noch so unbedeutend gewesen sein.[3]) Bereicherung und Verpflichtung sind ja unzertrennlich mit einander verbunden und stehen gleichwertig einander gegenüber. Herauszugeben ist nicht nur das ursprünglich Empfangene, sondern auch das auf Grund desselben später Erworbene.[4])

Im älteren römischen Recht konnte der Schenker allerdings nicht immer mit dieser *condictio* das Geschenk selbst zurückerhalten. Es hing dieses mit einer Eigentümlichkeit des römischen Prozesses zusammen, dass nämlich jede Kondemnation auf Geld lauten musste.[5]) Hatte der Schenker also ein individuelles Interesse daran die geschenkte Sache selbst zurückzubekommen, so musste er sich trotzdem mit dem Geldwert begnügen.

Von einem Widerruf der Schenkung kann bei dieser *condictio* nicht, wie viele fälschlich behaupten,[6]) die Rede sein. „Denn der Rückforderungsanspruch entsteht objektiv; d. h. ohne dass es zu seiner Begründung einer

[1]) Windscheid, Pandekten I § 98.
[2]) Erxleben a. a. O. S. 254 ff.
[3]) Erxleben a. a. O. S. 255, Windscheid, Pand. II § 368 N. 14.
[4]) Windscheid Pandekten § 424.
[5]) Ihering a. a. O. S. 168.
[6]) z. B. Benner a. a. O. S. 28.

Willensäusserung des Schenkers bedarf und unmittelbar durch die Tatsache der Nichterfüllung der Auflage.“ [1]) Dagegen kann man mit vollem Recht von einem Widerruf in folgendem reden.

§. 7.

Macht sich der Beschenkte des Undanks gegenüber dem Schenker schuldig, so kann letzterer die Schenkung widerrufen. *l. 10. C. de recosc. donat. 8. 55.* führt die Gründe näher an, aus denen ein Widerruf möglich ist: *generaliter sancimus omnes donations lege confecta firmas illibatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa do. natorem inveniatur, ita ut iniurias atroces in eum effundat, vel quasdam conventiones, quas donatoris acceptor sposspondit, minime implere voluerit.* Undank liegt demgemäss schon vor, wenn der Beschenkte sich weigert, die übernommene Verpflichtung zu erfüllen. Anstatt die *condictio causa data causa non secuta* geltend zu machen, die dem Schenker in diesem Fall auch zusteht, kann er mit einer *condictio ex lege* das Zugewendete zurückfordern.

Auch die juristische Natur dieser Klage ist bestritten. Donellus[2]) kommt in Konsequenz seiner Auffassung von der *donatio sub modo* als eine *datio ob causam futuram* zu dem Resultat, dass die Schenkung mit der stillschweigenden Bedingung oder Auflage erfolge, dass nichts in Zukunft eintrete, was den Schenker zum Widerruf berechtigen würde. Er zählt daher die aus der Undankbarkeit entspringende Klage auch zu der *condictio causa data causa non secuta.*

Pollack[3]) — und seiner Meinung schliessen wir uns an — hält jedoch diese Auffassung für übermässig gekünstelt und für völlig verkehrt. In der That denke niemand im Augenblick der Schenkung an die Möglichkeit einer künftigen Undankbarkeit des Beschenkten. Er selbst glaubt, dass diejenigen[4]) sich dem richtigen Gesichtspunkt mehr nähern, welche die Klage für eine *actio vindictam spirans* halten, welche die Rache des Schenkers für zugefügteUnbill in den Vordergrund stelle. Aber nach *l. 10. Cod. 8. 56* sei Schutz des Schenkers ihr erster Zweck, nicht Strafe für den Beschenkten. Sie sei rein persönlich, „und es sei

[1]) Räke a. a. O. S. 25.
[2]) Donellus a. a. O. vol VIII. S 441.
[3]) Pollack, a. a. O, S. 61 Anm. 107.
[4]) z. B. Arndt a. a. O. S. § 104. Anm. Baron (Pand.) § 82 b.

das aus der Widerrufserklärung erst entstehende Recht nach beiden Seiten vererblich, und nur die aus der Undankbarkeit des Beschenkten zunächst entstehende Befugnis des Schenkers, seinen Schenkungswillen in nochmaliger Erwägung zu ziehen und eventuell zu ändern, sei ihrer Natur gemäss an die Person des Schenkers und des Beschenkten gebunden."[1])

Daran, dass so dem Schenker im Falle der Nichterfüllung der Auflage zwei Klagen zustehen, eine *condictio causa data causa non secuta* und eine *condictio ex lege*, haben einige Anstoss genommen. So behauptet Mühlenbruch,[2]) die *condictio ex lege* sei gar nicht möglich, da ja dem Schenker schon eine *condictio ob causam datorum* auf Rückgewähr zustehe. Die Annahme eines Widerrufs sei eine Begriffsverwechslung. Er verkennt jedoch nicht in der Note 8,[3]) dass die *l. 10. C, de reosc donat, 8. 56,* Schwierigkeit mache, indem sie die Revokation wegen nichterfüllter Angelobung mit der wegen Undanks zusammenstelle. Allein aus dieser Begriffsverwechslung folge ja noch keineswegs, dass der Widerruf einer *donatio sub modo* auch wegen Undanks möglich sei." Dieser Meinung hält Benner[4]) mit Recht entgegen, dass es doch nichts Merkwürdiges ist, wenn dem Kläger die Wahl zwischen mehreren Klagen zusteht, die verschiedene Voraussetzungen und Wirkungen haben. Von zwei Gesichtspunkten könne der Schenker die Nichterfüllung der Auflage betrachten, einmal von dem der *causa non secuta*, und den habe das ältere römische Recht allein angenommen, dann aber auch von dem der Undankbargeit, für letztere habe Justinian die *condictio ex lege* gegeben.

Ein Erkenntnis des Ober-Appelations-Gerichts zu Lübeck[5]) erachtet ebenfalls die Ansicht von Mühlenbruch für unrichtig und billigt vielmehr die von Savigny[6]) vertretene, „indem das Verhältnis der Nichterfüllung des *modus* nun einmal in der *Cunst. 10 cit.* unter diesem Gesichtspunkte der Undankbarkeit gebracht ist, wobei es selbst ohne Einfluss bleiben müsste, wenn Mühlenbruch

[1]) Pollack, a. a. O. S. 59.
[2]) Mühlenbruch, a. a. O. § 443.
[3]) Seufferts Archiv B. 5 N. 168.
[4]) Benner a. a. O. S. 35.
[5]) Seuferts Archiv B. 5 S. 212.
[6]) Savigny a. a. O. § 175.

darin beizustimmen wäre, dass sich der Gesetzgeber hier eine Begriffsverwechslung habe zu Schulden kommen lassen."

Der Umfang des Herauszugebenden erstreckt sich ebenso wie bei der *condictio causa data causa non secuta* auf den vollen Betrag der Zuwendung. Während aber bei dieser kein Streit darüber herrschen konnte, dass von der Litiskontestation an die Bereicherung herauszugeben sei, stehen bei der *condictio ex lege* sich zwei Ansichten gegenüber.

Savigny[1]) und Schilling[2]) nehmen an, dass der Beschenkte von der Zeit der Undankbarkeit an, also von dem Augenblick an, wo er sich weigert die Auflage zu erfüllen, ja schon von der Zeit an, wo er den Entschluss dazu gefasst habe, als unredlicher Besitzer hafte, weil nachherige Konsumtion einen *dolus* involviere, welcher den Beschenkten zur Werterstattung verpflichte.

Dem halten wir jedoch entgegen, dass ein *dolus* doch nur dann vorliegen kann, wenn schon die Undankbarkeit als solche ein rechtliches Verhältnis zwischen Schenker und Beschenkten erzeugte, vor allem also, wenn die *condictio* zur Strafe des Beschenkten eingeführt worden wäre. Hiergegen haben wir uns jedoch schon ausgesprochen und uns der Ansicht angeschlossen, dass die *condictio* zum Schutze des Schenkers sei, von dessen Wille es abhänge, sie geltend zu machen. Also erst vom Augenblick der Geltendmachung des Widerrufsrechts an kann von einer Unredlickeit die Rede sein, und von diesem Momente ab muss die Bereicherung herausgegeben werden. So entscheidet auch Windscheid,[3]) welcher zum Beweise noch die Stelle *l. 7. C. 8. 55* anführt, aus welcher die Unrichtigkeit der Ansicht Savignys deutlich hervorgehe. *Ceterum, quae ante adhuc matre pacifica iure perfecta sunt, et ante inchoatum coeptumque iurgium vendita, donata, mutata, in dotem data ceterisque causis legitime alienata, minime revocamus.*

Auf dieses Widerrufsrecht kann der Schenker im Voraus nicht gültig verzichten, da ein solcher Verzicht stets etwas Unsittliches enthalten würde, und *pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda (l. 7. § 4*

[1]) Savigny, a. a. O. S. 76 und 237.
[2]) Schilling, Lehrbuch für Institutionen u. Geschichte des r. Privatrechts III S. 691.
[3]) Windscheid, Pandekten II 367 Anm. 18.

D. 2. 14.). Dagegen wohl, wenn ihm der Undank des Beschenkten bekannt geworden ist.

§ 8.

Statt die *condictio* geltend zu machen, wenn der Beschenkte den *modus* nicht erfüllt, steht dem Schenker noch eine Klage zu, welche aber lediglich an die Voraussetzung geknüpft ist, dass der *modus* in der Gewährung von Alimenten an den Schenker bestehe. *l. 1. C. 8. 55* sagt von dieser Klage: *si doceas, ut affirmas, nepti tuae ea lege donatum esse a te, ut certa tibi alimenta praeberet, vindicationem etiam hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare nuluerit, impetrare potes, id est actionem qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam non solum condictio tibi in hoc casu, id est in personam actio iure procedit, verum vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.*

Von dieser *vindicatio utilis,* wie die Quellenstelle sie nennt, haben wir oben behauptet, sie sei lediglich an die Voraussetzung einer Alimenten-Auflage geknüpft, dass also ihre Anwendung auf diesen Fall beschränkt sei. Nur ganz vereinzelt stehen die Schriftsteller da, so z. B. Glück,[1]) die dieses leugnen und dem Schenker ganz allgemein bei Nichterfüllung der Auflage die Wahl lassen wollen, sie oder die *condictio* anzustellen. Die herrschende Meinung legt dieser *vindicatio* singulären Charakter bei und wird durch die Quellen unterstützt.

So sagt Savigny,[2]) diese *rei vindicatio utilis* sei ein den allgemeinen Grundsätzen nicht angemessenes Rechtsmittel, eine ganz positive Anstalt, welches ausser den Grenzen dieses Falles nicht angewendet werden dürfe. Ebenso spricht sich Ihering,[3]) Kindervater,[4]) Erxleben[5]) und Sintenis[6]) aus, welcher dieses Rechtsmittel eine isolierte Erscheinung nennt.

Über die Natur dieser Klage streiten auf der einen Seite Ihering und Jakobi, auf der anderen Kindervater, Arndts und Windscheid. Dort wird behauptet, sie sei eine persönliche, hier sie sei eine dingliche Klage.

[1]) Glück a. a. O. L. II Tit. 14 § 336.
[2]) Savigny a. a. O. S. 284.
[3]) Ihering, Jahrbücher für Dogmatik. B. I Seite 175.
[4]) Kindervater, Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts L. 6 S. 339.
[5]) Erxleben a. a. O. S. 269.
[6]) Sintenis a. a. O. I S. 184 Anm. 34.

Ihering[1]) verficht die Ansicht, die *rei vindicatio utilis* sei nur eine andre, und zwar vorteilhaftere Form der Geltendmachung einer Obligation. Sie setze nicht bloss eine Obligation voraus, sondern eine solche in der Person des Bedachten, oder mit anderen Worten, sie werde nach Inhalt und Richtung durch die *actio in personam*, deren Gefährtin sie sei, bestimmt.

Und Jakobi[2]) sagt von ihr, sie diene auch zur Geltendmachung persönlicher Ansprüche gegen eine im Voraus bestimmte Person. Sie sei nur zur Verstärkung und Steigerung einer *condictio* gegeben.

Gegen diese Ansicht spricht sich Arndts[3]) ungefähr so aus: „Ihering mache aus der *rei vindicatio utilis* ein eigentümliches Zwitterding von persönlicher nnd dinglicher Klage gegen den Eigentümer auf Übertragung des Eigentums. Diese neue Theorie sei weder in den Quellen begründet, noch sonst beifallswürdig."

Nach Kindervater[4]) ist die *rei vindicatio utilis* nicht als eine privilegierte Form der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs anzusehen, sondern als eine dingliche Klage, welche ihren Grund in einem fingierten Eigentum hat und ganz denselben Grundsätzen unterliegt wie die *rei vindicatio directa*. Durch die Schenkung sei Eigentum auf den Beschenkten übergegangen, aber da die Alimenten-Auflage nicht erfüllt worden sei, werde die Schenkung für rescindiert erachtet, und das alte Eigentum dem Schenker vom Magistrat restituiert. Allein das Eigentum falle nicht *ipso iure* zurück, sondern es werde nur der Eigentumsübergang rescindiert und fingiert, dass derselbe nicht stattgefunden habe. Somit stelle sich die *rei vindicatio utilis* als eine *actio ficticia* dar.

Windscheid[5]) fasst dieselbe auf als Ausdruck des übergegangenen Eigentumsrecht wie die *rei vindicatio utilis* des bonitarischen Eigentümers.

Dernburg[6]) billigt insoweit die Ansicht Iherings als es sich um Übertragung des Eigentums handle, wie sich tatsächlich aus den Quellen ergebe, leugnet aber entschieden den persönlichen Charakter der Klage. Sie sei

[1]) Ihering a. a. O. 172.
[2]) In Iherings Jahrbücher für Dogmatik S. 230 Anm. 82.
[3]) Arndts a. a. O. § 145 Anm. 3.
[4]) Kindervater a. a. O. S. 340.
[5]) Windscheid, die actio des röm. Civilrechts S. 215.
[6]) Dernburg, Pandekten I § 225 Anm. 12.

vielmehr eine dingliche und habe dingliche Kraft, gutgläubigen Dritten gegenüber möge man allerdings vom Standpunkt der Billigkeit aus diese Klage versagen.

Stehen auch so die meisten Autoren auf diesem letzteren Standpunkt, ja spricht schon die Bezeichnung der Klage selbst als eine *rei vindicatio* für den dinglichen Charakter derselben,[1]) und die Gegenüberstellung in der Quellenstelle mit der persönlichen *condictio*, so ist es doch schwer, die Ansicht von Ihering und Jakobi völlig zu verwerfen. Mit Recht wirft Ihering[2]) die Frage auf, wohin die konsequente Durchführung der Klage als einer dinglichen, die gegen jedermann gerichtet sei, führe. Vor allem sei es sehr gewagt, wenn der Beschenkte das Geschenk weiterübertragen hätte, wozu er doch volles Recht habe, den Schenker ohne weiteres noch als Eigentümer zu betrachten, der das Eigentum dann in dritter Hand noch entkräften könnte. Gerade aus diesem Grunde neigt sich denn auch Pantenburg[3]) der Ansicht Iherings zu. Eine Arbeit eines italienischen Juristen[4]) jedoch sucht dieses Bedenken Iherings dadurch zu beseitigen, indem behauptet wird, dass gegen einen dritten redlichen Erwerber der Prätor diese *rei vindicatio utilis* nicht gewährt habe. Vielmehr habe der Prätor immer nur aus Gründen der Billigkeit nach seinem Ermessen diese Klage dem Nichteigentümer zugestanden, indem er Tatsachen fingiere oder wegfingiere. Kindervater[5]) will sogar jede Veräusserung für ungültig erachten; die *rei vindicatio utilis* wirke wie ein Veräusserungsverbot.

Wären so die Wirkungen der *rei vindicatio utilis*, wenn wir sie als eine dingliche auffassten, ungewöhnlich streng, so müssten wir sie als im Interesse des Schenkers, der von der Gewährung von Alimenten seinen ganzen Lebensunterhalt abhängig macht, zumal gutgläubige Dritte nicht dadurch geschädigt werden sollen, doch für völlig gerecht halten. Aus diesem Grunde neigen auch wir uns mehrzu der Auffassung der *rei vindicatio utilis* als einer *vindicatio actio in rem scripta*, verkennen jedoch nicht, dass auch die von den Gegnern vertretene Ansicht nicht ein-

[1]) Wächter, Pandekten II S. 178.
[2]) Ihering a. a. O. S. 162.
[3]) Pantenburg a. a. O S. 36.
[4]) Cam. Brezzo l'utilis actio del diritto romano. Turin 1889 bei Dernburg § 225 Anm.
[5]) Kindervater a. a. S. 356.

fach von der Hand zu weisen ist. Behauptung steht hier gegen Behauptung, Beweise lassen sich für die eine oder andere um so weniger bringen, als die Quellen darüber schweigen.

Durch die *rei vindicatio utilis* erhält der Schenker wie durch die *condictio* das Geschenk zurück. Sobald jedoch der Schenker nicht mehr im Besitz desselben ist, sind die Wirkungen verschieden, je nachdem die Klage eine dingliche oder persönliche ist. Im ersten Fall kann er sich an jeden Dritten halten, in dessen Besitz er die Sache findet, im andern Fall kann er vom Beschenkten nur den Wert desjenigen verlangen, was dieser an dessen Stelle erhalten hat.

Die praktische Bedeutung dieser Klage sieht Regelsberger[1]) darin, dass die Erfüllungsverweigerung dem Schenker im Konkurse des Beschenkten die Befugnis gebe, gleich einem Eigentümer die Ausforderung der geschenkten Sache zu verlangen.

[1]) Regelsberger a. a. O. S. 620.

Rückforderungsanspruch nach dem B. G.-B.

§ 9.

Genau wie das römische Recht erkennt auch das B. G.-B. einen Rückforderungsanspruch an, welchen es unter ganz bestimmten Voraussetzungen dem Schenker gewährt. Der massgebende § 527 sagt uns, unter welchen Voraussetzungen dieser Anspruch dem Schenker zustehen soll, und zwar einmal positiv, nach den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen, und sodann negativ, dass der Anspruch ausgeschlossen ist, wenn ein Dritter berechtigt ist, die Vollziehung der Auflage zu verlangen. Ein gesetzliches Rücktrittsrecht kennt das B. G.-B. in den Fällen, bei nachträglicher, vom Gegner zu vertretenden Unmöglichkeit, bei rechtskräftiger Verurteilung und bei Verzug. Das Gesetz erwähnt also nur den Fall, dass die Erfüllung der Auflage nachträglich durch einen Umstand unmöglich wird, welchen der Beschenkte zu vertreten hat. Von der anfänglichen und nachträglichen nicht zu vertretenden Unmöglichkeit dagegen ist nicht die Rede. Es wird daher zu prüfen sein, ob die vom Gesetz erwähnten Fälle die einzigen sind, in denen dem Schenker ein Rückforderungsanspruch zusteht, und ob nicht die allgemeinen Vorschriften von der Unmöglichkeit Anwendung finden. Wir gehen, wie im römischen Recht, von dem Fall aus, dass die Erfüllung der Auflage von Anfang an unmöglich gewesen ist, ohne dass der Schenker diese Unmöglichkeit gekannt hat. Wusste dagegen der Schenker, dass die Erfüllung von Anfang unmöglich war, und wendete trotzdem zu, so kann er nichts anders gewollt haben als eine reine Schenkung, und ein Rückforderungsanspruch ist wie im römischen Recht ausgeschlossen. § 815 hebt dieses ausdrücklich hervor: „Die Rückforderung wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten Erfolges ist ausgeschlossen, wenn der Eintritt des Erfolges von Anfang unmöglich war, und der Leistende dies wusste."

Haben wir schon in diesem Falle Rücksicht auf den Willen des Schenkers genommen, so müssen wir das um noch soviel mehr tun, wenn der Schenker die anfängliche Unmöglichkeit gekannt hat. Alle Schriftsteller tun dies allerdings nicht.

Nach § 306 ist ein auf eine von Anfang an unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig. Dieses würde also

auf unsern Fall angewendet lauten, ist die Erfüllung der Auflage unmöglich, so ist die ganze Zuwendung nichtig, und dem Schenker steht ein Rückforderungsanspruch auf den vollen Betrag zu. Zu diesem Schluss kommt denn auch Lammfromm[1]) auf folgendem Wege: „Die Schenkung unter einer Auflage ist zweifellos kein einseitiges Rechtsgeschäft, sondern ein Vertrag, ferner nicht eine Verbindung mehrerer Verträge, sondern ein Vertrag, und endlich auch ein auf Leistung gerichteter Vertrag. Da nun das B. G.-B. in § 306 die Nichtigkeit ohne Beschränkung bestimmt, so kann man zu keinem anderen Resultat kommen, als dass im Falle anfänglicher Unmöglichkeit der dem Beschenkten auferlegten Leistung das ganze Geschäft nichtig ist, und infolgedessen, falls der Schenker schon erfüllt haben sollte, ihm auch eine *condictio* auf den ganzen Gegenstand der Gabe zusteht.“ Zufrieden ist aber Lammfromm mit diesem Ergebnis nicht, da es mit der sonstigen Stellung der Schenkung als Hauptzweck nicht in Einklang stehe.

Örtmann[2]) bezeichnet denn auch diesen Schluss als unhaltbar. Vor allem wendet sich aber Crome[3]) gegen diese Auffassung. Einverstanden ist auch er mit der Anwendung des § 306, von dieser Regel gäbe es aber Modifikationen, und eine davon sei, dass bei teilweiser Unmöglichkeit, und eine solche könne doch nur bei der Unmöglichkeit den *modus* zu erfüllen in Betracht kommen, man immer unterscheiden müsse, ob dieselbe auch die übrigen Teile des Rechtsgeschäfts affiziere. Sei dieses nicht der Fall, so müsse § 139 B. G.-B. Anwendung finden, wonach die ganze Zuwendung nur dann nichtig sei, wenn nicht anzunehmen sei, dass sie auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde, dass also auch ohne die Auflage geschenkt worden wäre.

Auch uns scheint diese Auffassung richtig zu sein, nach der wir immer im Einzelfall zu prüfen haben, ob der Schenker die Zuwendung gemacht hätte, auch wenn er gewusst hätte, dass die Erfüllung der Auflage nicht möglich sei. Ist dieses der Fall, so ist ein Rückforderungsanspruch ausgeschlossen. Der Wille des Schenkers ist

---

[1]) Lammfromm a. a. O. S. 166 f.
[2]) Örtmann a. a. O. zu § 525 Anm. 5.
[3]) Crome a. a. O. S. 535.

also immer massgebend, genau wie im römischen Recht nach der Ansicht, der wir uns angeschlossen haben.

Ist die Erfüllung der Auflage zwar möglich gewesen, nachher aber durch einen Umstand, den der Beschenkte nicht zu vertreten hat, unmöglich geworden, so sind, in wesentlicher Übereinstimmung mit dem römischen Recht, die Rechtsgelehrten[1]) darin sich einig, dass ein Rückforderungsanspruch ausgeschlossen sei. Diesen Ausschluss begründen aber die Schriftsteller verschieden.

Lammfromm[2]) sucht ihn zu begründen *per argumentum e contrario* aus § 527 und §§ 325 ff. Er will somit die Regeln des gegenseitigen Vertrags anwenden.

Dieses wollen auch Fischer-Henle[3]) und Schollmeyer,[4]) indem sie auf § 323 verweisen. Mit Recht weist aber Crome[5]) darauf hin, dass ein gegenseitiger Vertrag hier nicht vorliege, obwohl die Verweisung in § 527 diesen Anschein erwecken könnte; die Regeln vom gegenseitigen Vertrag können daher hier keine Anwendung finden.

Crome[6]) sucht den Grund des Ausschlusses in § 275, was auch uns richtig erscheint. Als Prinzip wird hier aufgestellt, dass der Schuldner, also der Beschenkte, frei wird, wenn die Leistung, die Erfüllung der Auflage, nach der Entstehung des Schuldverhältnisses unmöglich wird. Diese Befreiung erstreckt sich aber nur „insoweit," als die Leistung unmöglich wird, bei teilweiser Unmöglichkeit tritt also auch nur teilweise Befreiung ein.

Hierbei ist noch möglich, dass der Dritte, an den geleistet werden soll, die Erfüllung der Auflage verhindert, ohne dass den Beschenkten ein Vorwurf trifft. Eine positive Vorschrift fehlt, man wird jedoch die Bestimmungen, die § 162 für die Bedingung giebt und durch anologe Anwendung von § 2076 auch auf die Auflage anwenden dürfen und sagen, dass im Zweifel ein Rückforderungsanspruch ausgeschlossen sei.

Keine Schwierigkeit macht der Fall, dass der Schenker die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Die Rückforderung ist hier wie im römischen Recht völlig ausgeschlossen.

---

[1]) Z. B. Crome a. a. O. S. 535, Endemann a. a. O. S. 742 Anm. 21, Cosack a. a. O. S. 497 f.

[2]) Lammfromm a. a. O. S. 166.

[3]) Fischer-Henle, B. G.-B. zu § 527 Anm.

[4]) Schollmeyer a. a. O. S. 33 Anm. 2.

[5]) Crome a. a. O. S. 535 Anm. 13.

[6]) Crome a. a. O. S. 535 Anm. 13.

Wird die Leistung infolge eines nachher entstehenden Umstandes unmöglich, welchen der Beschenkte zu vertreten hat, so verweist uns § 527 darauf, dass dieselben Vorschriften gelten sollen, nach denen der Gläubiger bei einem gegenseitigen Vertrag wegen nachträglicher zu vertretenden Unmöglichkeit vom Vertrage zurücktreten kann. Diese Vorschriften enthält § 325. Der Schenker kann demnach, wenn die dem Beschenkten obliegende Leistung die Auflage zu erfüllen infolge eines Umstandes unmöglich wird, welchen er zu vertreten hat, die Herausgabe in dem später noch näher zu erörternden Umfang fordern. Die Vertretungpflicht des Beschenkten richtet sich in Ermangelung besondrer Vorschriften nach § 276 ff, wonach er Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, sofern nicht ein andres bestimmt ist.

Dieser Rückforderungsanspruch steht ihm unbedingt zu, wenn die Erfüllung der Auflage völlig unmöglich geworden ist. Ist sie dagegen nur zum Teil unmöglich, so ist zu unterscheiden, ob die teilweise Erfüllung für den Schenker noch von Interesse ist, oder nicht. Massgebend ist für dieses Interesse die ganze Lage des Falles, wobei die Verkehrssitte nach Treu und Glauben zu berücksichtigen ist. Hat die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse mehr, so kann er den ganzen Betrag, der zur Auflage hätte verwendet werden sollen, zurückfordern, wie wenn die Erfüllung der Auflage völlig unmöglich geworden wäre. Im andern Fall kann er nur bezüglich des unmöglichen Teils zurückfordern, vorausgesetzt, dass die Auflage inhaltlich als trennbar zu behandeln ist.[1])

Ein von diesem verschiedener Fall, in dem der Schenker auch zurückfordern kann, ist an folgende Voraussetzung geknüpft. Der Schenker muss auf Erfüllung der Auflage geklagt haben und ein rechtskräftiges Urteil gegen den Beschenkten erzielt haben (§ 283). Die Rechtskraft des Urteils bestimmt sich nach § 705 C. P. O. Dieses genügt aber noch nicht. Vielmehr muss der Schenker nach der Rechtskraft des Urteils dem Beschenkten noch eine angemessene Frist gestellt haben mit der Erklärung, dass er nach Ablauf dieser Frist die verspätete Vollziehung ablehne. Wann die Frist eine angemessene ist, lässt sich immer nur in einem bestimmten Einzelfall sagen. Der Schenker kann gemäss § 255 C. P. O. auch verlangen,

[1]) Schollmeyer a. a. O. S. 209.

dass schon im Urteil, welches auf Grund der Klage auf Erfüllung ergeht, die Fristsetzung bestimmt werde. Sind diese beiden Voraussetzungen, rechtskräftige Verurteilung und Fristbestimmung, gegeben, so kann der Schenker, wenn der Beschenkte die Frist verstreichen lässt, ohne zu erfüllen, „das Geschenk" zurückfordern, und zwar wieder unbedingt, wenn der Beschenkte überhaupt nicht erfüllt; leistet er dagegen nur teilweise, nur dann, wenn der Schenker an der Vollziehung des rückständigen Teils kein Interesse mehr hat, was er zu beweisen hat.

Der letzte Fall schliesslich, in dem dem Schenker ein Rückforderungsrecht zusteht, hat mit dem vorhergehenden einige Ähnlichkeit. Statt des rechtskräftigen Urteils wird verlangt, dass der Beschenkte sich mit der Erfüllung der Auflage in Verzug befindet. (§ 326.) Wann Verzug vorliegt, bestimmen die §§ 284 und 285. Verzug ist darnach die vom Beschenkten zu vertretende Nichterfüllung der fälligen Auflage trotz der Mahnung des Schenkers. Vorausgesetzt wird also Fälligkeit, Mahnung nach der Fälligkeit, Nichterfüllung trotz Mahnung und Vertretungspflicht des Beschenkten, letztere richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 276 ff. Ist der Beschenkte so in Verzug gesetzt, so muss wieder Fristsetzung seitens des Schenkers hinzukommen mit der Erklärung, dass er nach Ablauf der Frist ablehne. Lässt der Beschenkte die Frist verstreichen, so gilt bezüglich der völligen wie teilweisen Unmöglichkeit dasselbe wie vorhin. Einer Fristsetzung bedarf es überhaupt nicht, wenn die verspätete Vollziehung der Auflage für den Schenker kein Interesse mehr hat (§ 326 Abs. 2).

Zu erwähnen ist endlich noch der Fall, dass die Vollziehung der Auflage unterbleibt, weil sie gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstösst. Auch hier werden wir uns auf den Standpunkt Cromes[1]) stellen und den Willen des Schenkers zu erforschen suchen. Bei der Unsittlichkeit der Auflage macht Örtmann[2]) darauf aufmerksam, dass immer zu prüfen sei, ob mit jener nicht dem ganzen Geschäft der Stempel des Unsittlichen aufgedrückt werde, indem etwa die Zuwendung einen Impuls zur Vollziehung der unsittlichen Auflage abzugeben bezwecke. In diesem Falle steht dem Schenker ein

[1]) Crome a. a. O. S 535.
[2]) Örtmann a. a. O. zu §. 525 Anm. 5.

Rückforderungsanspruch zu, und zwar auf den vollen Betrag; denn „war der Zweck einer Leistung in der Art betimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstossen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet, es sei denn, dass dem Schenker gleichfalls ein solcher Verstoss zur Last fällt.“ (§ 817.)

Haben wir so gesehen, dass hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen der Schenker im B. G.-B. zurückfordern kann, eine gewisse Ähnlichkeit mit dem römischen Recht besteht, so werden wir bald finden, dass hinsichtlich des Gegenstandes, der zurückgefordert werden kann, eine grosse Verschiedenheit besteht. Diese hängt eben mit der verschiedenen Auffassung, die diese beiden Rechtsperioden von dem Verhältnis von Auflage und Schenkung zu einander hatten, zusammen. Während im römischen Recht über dieses Verhältnis, wie wir gesehen haben, Streit herrscht, stimmen die Autoren im B. G.-B. darin überein, dass die unentgeltliche Bereicherung des Beschenkten der Hauptzweck, die Vollziehung der Auflage nur Nebenzweck sei.[1])

Das B. G.-B. bestimmt daher in § 527, gemäss seiner Auffassung von der Auflage als blossem Nebenzweck, dass der Schenker die Herausgabe des Geschenks insoweit verlangen kann, als es zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden sollen.

Örtmann[2]) hält den Sinn dieser Vorschrift für nicht unzweifelhaft. Er ist der Ansicht, dass nur der Wert, und nicht die Gegenstände selbst zur Erfüllung verwendet werden sollen. Die Annahme, dass die Gegenstände selbst so verwendet werden sollten, sei sowohl sprachlich nicht zu rechtfertigen, denn dann müsste es lauten „geschenkte Gegenstände,“ als auch nicht vernünftigerweise; sie sei vielmehr sinnwidrig und formalistisch. Ist daher nur der Wert zur Erfüllung zu verwenden, so folgt daraus, dass auch nur der Wert zurückgefordert werden kann. Ist also die Herausgabe des zu verwendenden Gegenstandes nicht mehr möglich, so tritt an dessen Stelle nach § 818 der Wert. Staudinger[3]) schliesst sich im grossen Ganzen diesen Ausführungen an, hält sie aber für etwas

[1]) Crome a. a. O. S. 535. Planck zu § 527 Anm. 1.
[2]) Örtmann a. a. O. S. 248 Anm. 2.
[3]) Staudinger, S. 274 Anm. 5.

zu weitgehend. Da möglicherweise das Geschenk in seiner individuellen Substanz zu verwenden sein kann, so müssten die konkreten Verhältnisse im einzelnen Fall immer berücksichtigt werden. Praktisch werde sich die Frage höchst selten zuspitzen. Dieser letzten Ansicht schliessen auch wir uns an, da sie am meisten dem Prinzip des Gesetzbuchs den Willen in weitgehendem Masse zu berücksichtigen gerecht wird.

Beanstandet schon so Örtmann den Wortlaut des § 527, so erheben sich noch grössere Bedenken gegen seinen ganzen Inhalt. Durch die eigentümliche Trennung des Geschenks in einen rein unentgeltlichen und einen durch die Vollziehung der Auflage zu entgeltenden Teil kann es fast scheinen, als handle es sich um zwei Verträge, um eine reine Schenkung und um einen Innominatkontrakt: *do, ut facias.*[1]) Die Einheitlichkeit des Geschäfts wird hierdurch zweifellos gestört. Aber auch das Prinzip, welches § 527 aufstellt, indem er das Rückforderungsrecht auf den Teil der Schenkung beschränkt, der zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden sollen, findet den Beifall fast keines Schriftstellers. Schon im Einzelfall ist es nicht leicht festzustellen, wie gross der Betrag sein soll, der zur Erfüllung verwendet werden soll. Mit Recht fragt daher Schollmeyer, wie gross in dem Fall der zu verwendende Betrag sei, wenn 20000 M. geschenkt würden mit der Auflage, einen Teil für die Herstellung eines würdigen Denkmals für einen verstorbenen grossn Gelehrten zu verwenden. Macht schon diese Frage, die immer nur mit Rücksicht auf den wirklichen oder mutmasslichen Willen des Schenkers gelöst werden kann, Schwierigkeiten, so stimmen wir trotz des vom Gesetz aufgestellten Prinzips mit den meisten Schriftstellern darin überein, dass der Schenker das ganze Geschenk zurückfordern kann, wenn er nachweist, das er das ganze nur *ob causam* der Erfüllung der Auflage gab,[2]) dass also die Vollziehung der Auflage der einzige Zweck war. Wir geben hiermit der Vorschrift des § 527 nur einen dispositiven Charakter in Übereinstimmung mit Crome,[2]) Cosack[3]) und Planck,[4]) andrer Meinung ist scheinbar

[1]) Schollmeyer a. a. O. S. 33.
[2]) Crome a. a. O. S. 537.
[3]) Cosack a. a. O. S. 494 g.
[4]) Planck zn § 527 Anm. 4.

Meisner.[1]) Besteht die Erfüllung der Auflage in einer Leistung, welche eine vermögensrechtliche Aufwendung nicht erfordert, so kann der Schenker nach § 527 nicht zurückfordern. Möglicherweise ist aber dann ein Herausgabeanspruch begründet nach § 812 S. 2, wenn der Schenker nachweisen kann, dass die Vollziehung der Auflage der mit dem Schenkungsakte bezweckte Erfolg war, und dieser Erfolg nicht eingetreten ist.[2]) Pantenburg[3]) will scheinbar in einem solchen Fall dem Schenker überhaupt keinen Anspruch zugestehen. Ist dieses dagegen nicht der Fall, so kann der Schenker nur auf Erfüllung klagen. Unseres Erachtens mit vollem Recht macht Staudinger[4]) darauf aufmerksam, dass sich in einzelnen Fällen ein solcher Erfüllungsanspruch als unanwendbar herausstellen kann. So z. B. in folgendem: Jemand schenkt der Universität eine Büste seines Vaters, der sich um das Gedeihen der Anstalt besonders verdient gemacht hat, mit der Auflage die Büste in der Aula aufzustellen. Der Senat nimmt die Schenkung an, stellt aber die Büste im Vorzimmer auf. Man fragt da mit Recht, wer in einem solchen Fall auf Erfüllung klagen wollte, um das zu erzwingen, was ihm unbegreiflicherweise nicht freiwillig gewährt werde. Schollmeyer will hier dem Schenker die Rückforderungsklage zugestehen, was uns allerdings nicht zutreffend erscheint. Kann er nachweisen, dass die Aufstellung der Büste gerade in der Aula der beabsichtigte Zweck war, so geben auch wir ihm eine Rückforderungsklage, aber aus § 812, sonst nicht.

Besteht endlich die Erfüllung der Auflage darin, dass der Beschenkte etwas unterlässt, so steht der Schenker nach Schollmeyers[5]) Ansicht völlig rechtlos da. Als Beispiel führt er folgendes an: Jemand schenkt 10000 M. mit der Auflage, dass der Beschenkte die Anzeige eines von einem nahen Verwandten des Schenkers begangenen Diebstahls unterlasse. Mache der Beschenkte nun trotzdem die Anzeige, so stehe dem Schenker die Rückforderungsklage aus § 527 nicht zu, weil gar nichts vom dem Geschenk zur Erfüllung der Auflage zu verwenden war.

[1]) Meisner a. a. O. zu § 527 letzte Anm.
[2]) So Oertmann S. 248.3, Planck zu § 527 Anm. 4, und Staudinger, S. 274.
[3]) Pantenburg a. a. O. S. 51.
[4]) Schollmeyer a. a. O. S. 33.
[5]) Schollmeyer a. a. O. S. 34.

Die Erfüllungslkage habe er auch nicht, da ja der Beschenkte schon zuwider gehandelt habe. Wie Dernburg[1]) sich in einem solchen Fall die Erfüllungsklage, die er dem Schenker allein gewähren will, vorstellt, erscheint uns nicht ganz klar. Das Interesse, so fährt Schollmeyer fort, anstatt der Erfüllung könne er auch nicht verlangen, da ihm möglicherweise ein Schaden gar nicht entstanden sei. Auch die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung sei nicht ohne weiteres zuzulassen, da ja dieses Rückforderungsrecht durch das Prinzip des § 527 ausgeschlossen sei.

Auch wir stimmen mit Schollmeyer darin überein, dass die Rückforderungs-, Erfüllungs- und auch unter Umständen die Schadensersatzklage ausgeschlossen sei, billigen aber einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, sofern eben die Nichtvollziehung der Auflage der mit der Schenkung bezweckte Erfolg war, wie es in dem angeführten Beispiel doch zweifellos der Fall gewesen sein wird.

Wie im römischen Recht der Schenker die *condictio ex lege* hatte wegen Undankbarkeit des Beschenkten, die schon darin gefunden wurde, dass dieser sich weigerte die Auflage zu erfüllen, so billigt auch Planck[2]) im B G.-B. dem Schenker ein Widerrufsrecht wegen Undanks zu. Unter Umständen, sagt er, könne in der schuldhaften Nichtvollziehung der Auflage auch die Voraussetzungen für den Wiederruf wegen groben Undank gegeben sein.

Lammfromm[3]) bestreitet allerdings dieses Widerrufsrecht und behauptet, das B. G.-B. habe die Zurückführung des Rückforderungsanspruchs auf den Gesichtspunkt der Undankbarkeit des Beschenkten abgelehnt.

Die übrigen Schriftsteller schweigen über dieses Widerrufsrecht. § 530 gewährt dem Schenker das Recht die Schenkung zu widerrufen, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verletzung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen desselben des groben Undanks schuldig gemacht hat. Drei Erfordernisse werden also verlangt, Undank, der seinen Ausdruck findet in einer schweren Verletzung gegen den Schenker. Wann unter diesen Voraussetzungen das Widerrufsrecht gerechtfertigt ist, ist nicht wie im römischen Recht näher be-

---

[1]) Dernburg, B. G.-B. II § 210 Anm. 4.
[2]) Planck a. a. O. zu § 527 Anm. 4.
[3]) Lammfromm a. a. O. S. 166.

stimmt. Dem freien Ermessen des Richters ist vielmehr hier ein weiter Spielraum gegeben, der wegen jeder schweren Verfehlung dem Schenker ein Widerrufsrecht geben kann, wenn und soweit nach den Umständen des Falls in derselben ein grober Undank zu erblicken ist.[1]) Der Richter kann also im einzelnen Fall groben Undank schon in der Nichterfüllung der Auflage suchen. Man muss allerdings weiter gehen wie Planck, der schon in der bloss schuldhaften Nichterfüllung Grund genug zum Widerruf sieht. Solange nicht in dieser Nichterfüllung ein geradezu frivoles Verhalten des Beschenkten gegenüber dem Schenker erblickt wird, kann man dem Schenker das Widerrufsrecht nicht zusprechen. Als Beispiel könnte man wohl folgenden Fall anführen, in dem der Richter dem Schenker ein solches zugestehen würde: Jemand schenkt 10 000 M. mit der Auflage ihm bis zu seinem Lebensende den Unterhalt zu gewähren. Der Schenker selbst gerät in die äusserste Not, trotzdem weigert sich der Beschenkte die Auflage zu erfüllen, obwohl es ihm möglich ist. Neben dem Erfüllungs- und Rückforderungsanspruch dessen, was zur Erfüllung der Auflage hätte verwendet werden sollen, wird der Richter hier ein Widerrufsrecht der ganzen Schenkung anerkennen.

Hiermit haben wir zugleich einen wichtigen Unterschied des Widerrufs wegen Undanks von dem Rückforderungsrecht des § 527. Jener ergreift stets die ganze Zuwendung (§ 531,2), dieser nur den Betrag, der zur Erfüllung der Auflage verwendet werden sollte. Der andre Unterschied betrifft die Vererblichkeit. Während das Rückforderungsrecht aktiv wie passiv vererblich ist, steht dem Erben des Schenkers das Recht des Widerrufs nur zu, wenn der Beschenkte vorsätzlich und widerrechtlich den Schenker getötet oder am Wiederruf verhindert hat (§ 530).

Die Herausgabe des Geschenks in dem eben festgestellten Umfang soll erfolgen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. § 812 bestimmt, wer durch die Leistung eines anderen etwas erlangt, ist diesem zur Herausgabe verpflichtet, wenn der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Nach § 818 erstreckt sich diese Verpflichtung auf die gezogenen Nutzungen, sowie

[1]) Motive der 2. Kommission.

auf dasjenige, was der Beschenkte auf Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erworben hat.

Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht mehr möglich, oder ist der Beschenkte aus einem andern Grunde dazu ausser stande, so hat er den Wert zu ersetzen, worauf wir schon aufmerksam machten. Ist der Beschenkte nicht mehr bereichert, so ist die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Werts ausgeschlossen. Massgebend für den Moment der Bereicherung ist hier, wie im römischem Recht, die Zeit der Rechtshängigkeit, von da an haftet der Beschenkte nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 292, 987-990. Eine Ausnahme bildet der Fall, in dem der Eintritt des mit der Leistung bezweckten Erfolges nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts als ungewiss angesehen wurde. Tritt der Erfolg nicht ein, so ist der Beschenkte zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zur Zeit des Empfangs rechtshängig geworden wäre (§ 820).

Schluss.

§ 10.

Vergleichen wir zum Schluss noch einmal kurz das römische Recht und das Recht des B. G.-B., so haben wir gesehen, dass beide Rechtsperioden dieselben Rechte bei Nichterfüllung der Auflage dem Schenker zugestehen, im wesentlichen unter denselben Voraussetzungen, aber mit verschiedenen Wirkungen. Dort ein Rückforderungsanspruch, der den vollen Betrag der Zuwendung umfasst, hier nur denjenigen, der zur Erfüllung der Auflage hätte verwendet werden sollen. Wir haben aber auch gesehen, dass es in vielen Fällen dem Willen des Schenkers mehr entspricht die ganze Schenkung zurückfordern zu können und hätten es daher für richtiger gefunden, wenn wie im ersten Entwurf[1]) gar keine Bestimmung im Gesetz Aufnahme gefunden hätte, ob überhaupt und inwieweit ein Rückforderungsanspruch dem Schenker bei Nichterfüllung der Auflage zusteht. Die allgemeinen Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung würden in den meisten Fällen ausgereicht haben.

[1]) Motive S. 301.